

## 近年の人権判例(4)

著者名(日)	安藤 高行
雑誌名	九州国際大学法学論集
巻	15
号	3
ページ	101-148
発行年	2009-03
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1265/00000039/">http://id.nii.ac.jp/1265/00000039/</a>

# 近年の人権判例(4)

安 藤 高 行

## IV 最高裁の住基ネット訴訟判決と国籍法違憲訴訟判決

### はじめに

筆者は本シリーズの(1)の「I - 2 住基ネット訴訟」<sup>(1)</sup>(以下「前稿①」という)で、住民基本台帳ネットワークシステム(以下「住基ネット」という)を控訴人(原告)らに運用(住基ネットを設置した「住民基本台帳法の一部を改正する法律」—以下「改正法」という—を適用)することは、そのプライバシー権を侵害するものであり、憲法13条に違反するものといわざるを得ないとし、あるいは自己のプライバシーの権利を放棄せず、住基ネットからの離脱を求めている原告らに対して適用する限りにおいて、改正法の住基ネットに関する各条文は憲法13条に違反すると結論づけるのが相当であるとした大阪高裁判決<sup>(2)</sup>や金沢地裁判決<sup>(3)</sup>、およびそれとは逆に住基ネット違憲の主張を退けて、被控訴人(原告)らの請求を全面的に棄却した名古屋高裁金沢支部判決<sup>(4)</sup>をはじめとするいくつかの下級審判決について、比較対照的に検討を行った。

この住基ネット訴訟と総称される一連の訴訟については、周知のように、こうした前稿①における検討の後新たな展開がみられるにいたった。すなわち平成20年3月6日、一連の住基ネット訴訟のうち、それぞれ、大阪訴訟(上記の大阪高裁判決の対象となった訴訟)、石川訴訟(上記の金沢地裁判決と名古屋高裁金沢支部判決の対象となった訴訟)、愛知訴訟、および千葉訴訟とよばれる4つの訴訟について、住基ネットを合憲とする判決を最高裁が言渡したので

ある。

また本シリーズの(2)の「Ⅱ－3 国籍法違憲訴訟」<sup>(5)</sup> (以下「前稿②」という)で扱った国籍法3条1項の合憲性を争った2つの訴訟についても、平成20年6月4日、国籍法3条1項の一部を違憲とし、原告(ら)に日本国籍を認めた1審判決<sup>(6)</sup>を、仮に国籍法3条1項の一部または全部が違憲無効であっても、被控訴人(ら)が日本国籍を取得することにはならないなどとして取消した2つの東京高裁判決<sup>(7)</sup>を破棄し、国籍法3条1項の一部を違憲として上诉人(ら)に日本国籍を認めた最高裁判決が言渡された。

本稿はこのように、住基ネット訴訟と国籍法違憲訴訟の下級審判決を扱った前稿①と前稿②の公表後間もなく言渡された上記のこれら2つの訴訟の最高裁判決について検討して、それぞれを補うことを目的とするものである。

#### Ⅳ－1 住基ネット訴訟最高裁判決

上述のように住基ネット訴訟については、平成20年3月6日に4つの訴訟について最高裁判決が言渡されたが、本稿ではそのうちの大阪訴訟最高裁判決<sup>(8)</sup>について検討することにする。

なおこの大阪訴訟の経緯を簡単にのべておくと、それは当初は、豊中市、箕面市、吹田市、大阪市、守口市、泉佐野市、東大阪市、八尾市を被告として、それぞれの市に居住する原告らが、住基ネットにより、人格権、公権力から監視されない権利、自己情報コントロール権、および平穏な生活を営む権利を違法に侵害され、精神的苦痛を被ったと主張して、国家賠償法に基づき損害賠償を請求したものであったが(1審請求棄却)<sup>(9)</sup>、豊中市、箕面市、吹田市、守口市、八尾市の5市が被控訴人となった2審大阪高裁で箕面市、吹田市、守口市の3市在住の計4名の控訴人らは、それぞれの市が住基ネットを使用して控訴人らの本人確認情報を大阪府知事に通知してはならないこと、およびそれぞれの市が住民基本台帳から控訴人らの住民票コードを削除することを追加請

求し（４名の控訴人は１審途中で同様の追加請求をしたが、１審は追加請求と損害賠償請求は請求の基礎が同一でないとして、それを認めなかったのに対し、２審は両請求はその基礎に同一性があるとして、追加請求を認めるべきであるとした）、大阪高裁も最後者の住民票コードの削除の請求を認容したため（その余の請求は棄却）、この部分について、吹田市と守口市が上告および上告受理申立てをしたという経過をたどっている（箕面市は上告しなかったため、住民票コードの削除を命じた大阪高裁判決が確定した）。またこの吹田市と守口市の上告および上告受理申立てについては、最高裁において弁論が分離されたが、本稿で扱うのは守口市の上告および上告受理申立てに係る判決である（筆者は吹田市の上告および上告受理申立てに係る判決は直接みていないが、両判決の内容は全く同一とのことである）。

以下行論の都合上、先ず、前稿①ですでにのべた原審大阪高裁の、控訴人（原告—以下原則として「原告」で統一する）らに住基ネットを運用（改正法を適用）することは、そのプライバシー権を侵害し、憲法13条に違反するものといわざるを得ないとして、住民基本台帳からの原告らの住民票コードの削除を命じた判断を、本稿に必要な限りで改めて紹介することから始めることにしよう。

大阪高裁のこうした判断の前提、あるいは背景にあるのは、いわゆる自己情報コントロール権説に対するきわめて積極的、肯定的な態度である。すなわち判決は、「このような（情報化—筆者）社会においては、プライバシーの権利の保障、それによる人格的自律と私生活上の平穩の確保を実効的なものにするためには、自己のプライバシーに属する情報の取扱い方を自分自身で決定するということが極めて重要になってきており、その必要性は社会において広く認識されてきているといえる。今日の社会にあって、自己のプライバシー情報の取扱いについて自己決定する利益（自己情報コントロール権）は、憲法上保障されているプライバシーの権利の重要な一内容となっているものと解するのが相当である」とするのである。

そして住基ネットによる管理や利用等の対象となる氏名、生年月日、男女の

別、住所、住民票コード、変更情報という6情報＝本人確認情報は、その取扱い方によっては、情報主体たる個人の合理的期待に反してその私生活上の自由を脅かす危険を生ずることがあるから、いずれもプライバシーに係る情報として法的保護の対象となり、自己情報コントロール権の対象となるというべきであると論を進める。

判決は、しかしながら、そのことから直ちに住基ネットが自己情報コントロール権を侵害するとするわけではなく、個人識別情報としての本人確認情報の性質を考慮すれば、その収集、保有、利用等については、①それを行う正当な行政目的があり、それらが当該行政目的の実現のために必要であり、かつ、②その実現手段として合理的なものである場合には、本人確認情報の性質に基づく自己情報コントロール権の内在的制約により（もしくは、公共の福祉による制約により）、原則として自己情報コントロール権を侵害するものではないと解するのが相当であるとして、住基ネットが①と②の要件を備えているか否かを検討するのである。

判決はその際予め、本人確認情報の漏えいや目的外利用などによる、住民のプライバシーないし私生活上の平穏が侵害される具体的危険がある場合には、②の実現手段としての合理性がないものとして、自己情報コントロール権を侵害することになり、住基ネットによる当該本人確認情報の利用の差止めをすべき場合も生じるものと解されるところで、②が本件の中心となる論点であり、したがって考察の重点もそこに置かれることを示唆し、また本人確認情報の利用の差止めを命じる結論が導かれる可能性もあることを暗示的に予告する。

その示唆のとおり判決はその後、①の住基ネットの行政目的の正当性および必要性についてはそれを肯定し、②の検討に進むが、この住基ネットの行政目的の実現手段としての合理性の検討に当たっては、判決は、それをさらに「住基ネットによる本人確認情報漏えいの危険性の有無」と「住基ネットによるデータマッチング等の危険性の有無」の2つに分けて論じる。

そのうち「住基ネットによる本人確認情報漏えいの危険性の有無」について

は、結論としては、「住基ネットのセキュリティが不備で、本人確認情報に不当にアクセスされたりして、同情報が漏えいする具体的危険があるとまで認めることはできない」とのべて、いささか消極的ながら、危険性を否定する。

しかし、「住基ネットによるデータマッチング等の危険性の有無」の判断においてはそれと異なり、危険性の存在を認め、冒頭にのべたように、控訴人らに住基ネットを運用すること（改正法を適用すること）はプライバシー権を侵害し、憲法13条に違反するとするのである。

ただこうした結論の導き方もストレートではない。すなわち判決はまず、改正法による改正後の住民基本台帳法（以下「住基法」という）の本人確認情報の利用、提供等の規制に関する規定を点検し、一旦は、こうした住基法の規制からすれば、データマッチングや名寄せは目的外利用に当たるものとして禁止され、その違反には罰金も用意されていること、また住民の本人確認情報を記録、保有する指定情報処理機関が国の機関等から、その保有する住民の個人情報収集し、これを管理する権限は付与されておらず、そのため指定情報処理機関において、国の機関等が保有する個人情報を結合することは不可能であり、このように国の機関等が保有する個人情報を統一的に収集し得る主体もシステムも制度化されていないことなどを考慮すれば、「住基ネットの運用によって控訴人らが主張するようなデータマッチングや名寄せが行われることは考え難いといえなくもない」と、これもいささか消極的ながら、危険性を否定するのである。

しかし判決はこれを結論とせず、「しかしながら、次の点を指摘することができる」として、さらにこの後「本人確認情報保護の法制について」と「個人情報の集積・結合、利用について」という2つのタイトルの下で検討を続け、かなり特異な判断を展開して、最終的には、「住基ネット制度には個人情報保護対策の点で無視できない欠陥があるといわざるを得ず、行政機関において、住民個々人の個人情報が住民票コードを付されて集積され、それがデータマッチングや名寄せされ、住民個々人の多くのプライバシー情報が、本人の予期し

ない時に予期しない範囲で行政機関に保有される危険が相当あるものと認められる」とする。とくに「本人確認情報保護の法制について」のタイトルの下での検討がこのような結論につながっているが、筆者のみるところ、本人確認情報保護法制の検討の結果こうした判断が導き出される主たる理由は2つあって、1つは「行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律」(以下「行政機関個人情報保護法」という)と住基法を対比して、住基法の住基ネットに係る本人確認情報保護のための規定も行政機関個人情報保護法によって損なわれ、実効性を失うおそれがあるとの理解であり、もう1つは、住基法による規制も、その規定や趣旨が遵守される保証はないとの予測である。

それが特異だというのは、前者についていえば、ふつうは行政機関個人情報保護法が行政機関が保有する個人情報の取扱い等について一般的に定めた法であるのに対し、住基法の住基ネットに係る本人確認情報の取扱いに関する規定は、行政機関が保有する個人情報のうちの住基ネットに係る本人確認情報の取扱いについてとくに定めたものであるから、いわば個人情報の一部についての特則・特別法であり、したがってそのような本人確認情報に関する限り、住基法の関係規定が行政機関個人情報保護法に優先して適用されると考えるべきところ、判決はそのようには考えていないということである。いうなれば住基法と行政機関個人情報保護法を前法と後法の関係にあるもののように捉えて、両者が同一ないし類似の事項について規定している場合は、行政機関個人情報保護法の規定の方が優位するかのように理解しているのである。少なくとも筆者にはそのようにみえる。

また後者についていえば、例えば住基法30条の43第2項で何人も業として住民票コードの告知を求めることが禁止されているが、本人や家族が住民票コードを告げたりすれば、この禁止規定の実効性が失われるとしていることなどがそれである。

以上簡単に説明した大阪高裁判決の特異性を改めてよりくわしくみてみよう。

住基法と行政機関個人情報保護法の関係のうち、判決がとくに力説するのは、個人情報の目的外利用の問題である。具体的にいうと、住基法30条の34は、「(本人確認情報の一筆者) 受領者は、その者が処理する事務であってこの法律の定めるところにより当該事務の処理に関し本人確認情報の提供を求めることができることとされているものの遂行に必要な範囲内で、受領した本人確認情報を利用し、又は提供するものとし、当該事務の処理以外の目的のために受領した本人確認情報の全部又は一部を利用し、又は提供してはならない」と、住基ネットに係る本人確認情報の目的外利用を明確かつ全面的に禁止しているが、判決はそうした理解をしていないのである。

というのは行政機関個人情報保護法は、3条3項で、「行政機関は、(保有個人情報の一筆者) 利用目的を変更する場合には、変更前の利用目的と相当の関連性を有すると合理的に認められる範囲を超えて行ってはならない」と規定するが、判決は、この一定の要件を充足すれば、保有を開始した利用目的を変更して保有個人情報を利用することを認める定めは、住基法30条の34によって制限される旨の規定がない以上、住基ネットに係る本人確認情報についても適用され、本人確認情報の利用目的の変更(判決の理解では一種の恒常的な目的外利用)が可能となり、またそうした利用についての適切な監視機関も置かれていないとするのである。しかし上記の行政機関個人情報保護法3条3項の規定は、総論的に、行政機関が保有個人情報の利用目的を変更して利用し得る場合があることを認めつつ、それが一定の範囲内にとどまることを求めるものにすぎないのであって、個人情報のうちの住基ネットに係る本人確認情報については住基法30条34が適用されて、目的外利用は全面的に禁止されていると解するのがふつうであろう。

さらに判決は行政機関個人情報保護法4条の、個人情報の取得に当たっての利用目的の明示や、8条1項の、法令に基づいて利用目的以外の利用、提供が認められる場合を除き、原則として利用目的以外の利用(判決は、この場合の目的外利用は一時的なその意であるとしている)、提供は禁止されとの規



定は住基ネットに係る本人確認情報にも適用され、したがってそれらの原則に反する行為が行政機関にあれば、住民は同法36条ないし41条の定める利用停止等の救済手段を用いることができるものと理解したうえで、本人確認情報の利用事務が拡大すれば住民は實際上利用対象事務を把握することが困難となり、こうした救済手段を行使する機会には現実には保障されないに等しいともいうが、これもまた甚だ理解に苦しむ判断である。

いうまでもなく、住基ネットに係る本人確認情報は、行政機関個人情報保護法4条の本人より直接書面で取得する手続を経るわけではないから、行政機関個人情報保護法4条の利用目的明示の原則は本人確認情報には当てはまらないし、行政機関個人情報保護法8条の一時的な目的外利用の原則禁止と例外的な許容についても、そもそも前述のように住基ネットに係る本人確認情報については、住基法30条の34で例外なしに目的外利用が禁止されているのであるから、住基ネットに係る本人確認情報の取扱いが行政機関個人情報保護法4条や8条に反するとして、住民が行政機関個人情報保護法36条ないし41条の救済手段を用いるという事態はあり得ないのである。

さらにまた判決は、住基法30条の37が定める本人確認情報の開示請求制度について、自己に関してどのような情報が収集管理されているのかを確認し、必要に応じて訂正請求を行うためにきわめて重要な制度とし、ただ現行法ではこうした本人確認情報以外の情報を都道府県や国、指定情報処理機関が保有していないかどうかといった重要な点について、本人が確認することができないという欠陥があるとするが、これもまた首肯し難い判断である。住基法30条の37が定める開示請求制度はその請求の相手方が都道府県知事と指定情報処理機関に限定されていることや法文からも明らかなように、住基ネット上に記録されている本人確認情報に誤りがないかどうかを確かめ、万一誤りがあれば、訂正、追加、削除等を求めることができるとする制度であって、本人確認情報以外の情報が違法に保有されていないかどうかを調査する手続ではないのである。行政機関が自己についてどのような個人情報を保有しているかは、それこそ行

政機関個人情報保護法12条以下の開示請求手続によって確かめるべきなのであって、住基法の本人確認情報の開示請求手続にそのような機能を求めるのは筋違いというべきであろう。

後者の、プライバシー保護のための住基法や行政機関個人情報保護法の規定は実効性が保証されないという、判決のもう1つの違憲の理由についても、強い疑問が感じられる。

例えば住基法は、住民の本人確認情報保護のため、他人の住民票コードのついた住民票の写しの交付を求めること、業として住民票コードの告知を求めること、住民票コードを民間において利用すること等を禁止しているが、判決は前述のように、本人や家族が住民票の写しを請求して第三者に交付したり、住民票コードを告げたりすれば、前二者の禁止は実効性がなくなり、最後者の民間利用の禁止も、個人情報そのものが商品価値をもち、大量の個人情報の収集や流出が少なからず行われている社会の現状からすると、実効性は現実には非常に疑わしいとするのである。こうなると本人や家族が住民票の写しを第三者に交付したり、住民票コードを告知したりすることを罰則付きで禁止するというような非現実的な方策を採るしか、前二者の実効性を確保する途はないことになるだろう。また資産状況等の個人情報と住民票コードが同一の商品価値をもつかも吟味せず、前者のような個人情報の収集や流出が盛んにみられることからすれば、後者についても当然同様の現象がみられることになるであろうというのも、余りにも大雑把な推論ではなかろうか。

しかし判決の問題点はこれでも終わらない。住基法30条の42は1項から4項に亘って、市町村長、都道府県知事、指定情報処理機関、国の機関または法人等が、住基法上の事務ないし同法に基づき本人確認情報の提供を求めることができる事務の遂行以外のためには、住民票コードを収集すること（何人に対しても住民票コードの告知を求めること）を禁止しているが、これは具体的にいえば、住基法の別表および条例で定める事務の遂行のためにのみ住民票コードの告知を求め、住基ネットの本人確認情報を利用することができるとの趣旨であ

る。すなわち法律や条例により認められた事務の遂行のためにのみ住民票コードの告知を求め、住基ネットの本人確認情報を利用できるとすることによって、行政機関の恣意的な利用を排除し、住基ネットの本人確認情報の適正な利用を担保しようとしているのである。一般的にいつても、あることを法律事項あるいは条例事項とすることは、そこに議会の意思を反映させ、行政の独断や恣意を阻止することを狙いとしていると理解するのがふつうであろう。ところが判決はそうは解さず、このように法律や条例で規定する事務の遂行のためにのみ住民票コードを収集することができることは、逆にいえば、法律や条例によって住民票コード（＝住基ネットの本人確認情報）を利用できる事務の範囲を将来的に無制限に拡大できることを意味するから、住基法30条の42も実質を伴わない禁止に墮する危険が小さくないとするのである。こうなると法律や条例による規制の意義すら疑われることになるであろう。

さらにまた再び行政機関個人情報保護法8条に言及して、同条は1項で、原則的に個人情報の保有目的以外の利用、提供を禁止しつつ、2項2・3号で行政機関が保有個人情報を内部で利用する場合であって、当該保有個人情報を利用することについて、「相当な理由のあるとき」等は、例外的に本人の同意がなくても保有個人情報の一時的な目的外利用ができるとするが、こうした「相当の理由」等の要件の有無は、行政機関が自らの判断で決めるのであるから、実際には実効性のある目的外利用制限の歯止めになり得ず、行政機関が住基ネット上における本人確認情報の利用を事実上自由に行い得ることになってしまう危険性が高いという。しかし住基ネット上の本人確認情報については前述のように、特則としての住基法30条の34によって目的外利用が全面的に禁止されているのであるから、行政機関個人情報保護法8条の「相当な理由」等による例外的な目的外利用ということは、法的にはそもそもあり得ないのである。そして判決は、「本人確認情報保護の法制について」というタイトルの下での検討の最後では、行政機関が個別に保有する個人情報の範囲が拡大して、少数の行政機関によって行政機関全体が保有する多くの部分の重要な個人情報が結

合・集積され、利用されていく可能性は決して小さくないとするが、とくにそう断定する確たる根拠が示されているわけでもない。

このように大阪高裁判決は、違憲の結論そのものは措くとしても、その結論にいたる展開において首肯しがたい点を実に多く含んでいるものであった。判決は上のように諸点を挙げて、データマッチングや名寄せによる住民のプライバシー侵害の危険は抽象的な域を超えて具体的な域に達しているものと評価することができるとするが、むしろその行論は、住基法と行政機関個人情報保護法の関係についての誤解やきわめて抽象的、観念的な危険の想定に基づいているとの印象を免れないのである。率直に言えば、大阪高裁判決はその高裁判決としてのレベルに根本的な疑念すら感じさせるものであり、最高裁において破棄されることは当然予想されたのである（その意味では箕面市が上告等をしなかったことには疑問が残る）。

以上の大阪高裁判決の紹介と批判は、実は同時に実質的には平成20年3月6日の最高裁判決の内容を断片的にのべたものでもあるのであるが、以下こうしてその大筋にすでにふれた最高裁判決について、まとめて紹介することにしよう。

最高裁判決はまず、「憲法13条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の1つとして、何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由を有するものと解される」とする。そして当然次に住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等が原告らのこうした自由を侵害するものであるか否かについて検討するのであるが、判決は、本人確認情報のうちの氏名、生年月日、性別、住所という4情報、およびその変更情報は、いずれも個人の内面に関わるような秘匿性の高い情報とはいえず、住民票コードも住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等を目的として各人に割り当てられたものであるから、こうした目的に利用される限りにおいてやはりその秘匿性の程度は、他の5つの本人確認情報と異なるものではないこと、住基ネットによる本

人確認情報の管理、利用等は法令等の根拠に基づき、住民サービスの向上および行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われているものということができること、住基ネットのシステム上の欠陥等により本人確認情報が容易に漏えいする具体的な危険はないこと、本人確認情報の受領者による目的外利用や漏えい等は懲戒処分や刑罰をもって禁止されていること、都道府県と指定情報処理機関には、「本人確認情報の保護に関する審議会」、および、「本人確認情報保護委員会」が置かれて、本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置が講じられていることなどからすれば、「住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかずに又は正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない」とする。

大阪高裁判決と比較してみると、最高裁判決は、上述のように本人確認情報の秘匿の必要性は高いとはいえないとし、それで判断を終っているのに対し、大阪高裁判決は、本人確認情報のうちの4情報はもともと秘匿性の高いものとはいえないとしつつも、ひとによってはその秘匿の必要性が高い場合があり、また変更情報は身分関係に変更があったことを推知させることにもなるから秘匿の必要性も軽視できず、さらに住民票コードはそれが記載されたデータベースが作られた場合には、検索、名寄せのマスターキーとして利用できるものであるから、その秘匿の必要性は高度であるといえるとするなど、本人確認情報の秘匿の必要性についての判断にも差があるが、いうまでもなく最大の相違がみられるのは、本人確認情報保護法制についての判断である。

すなわちこの点につき最高裁は、先になりにくわしく紹介した大阪高裁判決の判旨を、「行政個人情報保護法（＝筆者のいう「行政機関個人情報保護法」）によれば、行政機関の裁量により利用目的を変更して個人情報を保有することが許容されているとし（前にのべた大阪高裁判決の同法3条3項の理解のことを指している一筆者）、行政機関は、法令に定める事務等の遂行に必要な限度で、かつ、相当の理由のあるときは、利用目的以外の目的のために保有個人情

報を利用し又は提供することができるから（前にのべた大阪高裁判決の同法8条2項2号・3号の理解のことを指している一筆者）、行政機関が同法の規定に基づき利用目的以外の目的のために保有個人情報を利用し又は提供する場合には、本人確認情報の目的外利用を制限する住基法30条の34に違反することにならないので、同法による目的外利用の制限は実効性がないこと」を説くものと要約したうえで、こうした大阪高裁の判断について、上に引用した総括的な、本人確認情報が第三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということとはできないとの自らの結論に加えて、次のようにのべて、それを否定するのである。

「しかし、…、行政個人情報保護法は、行政機関における個人情報一般についてその取扱いに関する基本的事項を定めたものであるのに対し、住基法30条の34等の本人確認情報の保護規定は、個人情報のうち住基ネットにより管理・利用等される本人確認情報につきその保護措置を講ずるために特に設けられた規定であるから、本人確認情報については、住基法中の保護規定が行政個人情報保護法の規定に優先して適用されると解すべきであって、住基法による目的外利用の禁止に実効性がないとの原審の判断は、その前提を誤るものである」。なお住基法中の行政機関以外に係る本人確認情報保護のための規定が本人、家族、第三者によって遵守されるとの保証はないとの判断については、最高裁は何ら言及していない。おそらく論じる必要もないと考えたのであろう。

筆者としてはすでにこれまでにのべていることから明らかなように、簡潔にまとめられた最高裁のこの批判に賛成するし、実質的にはそれにこれ以上付け加えることは何もない。むしろ実際問題としては、行政機関のなかの特定個人によってデータマッチングや名寄せが図られる可能性は絶無ではないであろう。しかし大阪高裁判決は、このような特定個人によるデータマッチングや名寄せの可能性に基づいてなされているのでもなく（もっともこうした根拠のみで具体的危険性を導くのは困難であるが）、繰り返しのべたように、住基法の住基ネットに係る本人確認情報の保護規定も行政機関個人情報保護法によって

合法的に損なわれ得るという法解釈や、それが実際には遵守される保証はないとか、少数の行政機関が行政機関全体が保有する個人情報と結合・集積し、利用していく可能性（すなわち行政機関のなかの特定個人が偶々そうする可能性ではなく、行政機関が組織としてそうする可能性）は小さくないとかの推断によってなされているのである。

重ねていえば、その法解釈は受け入れ難く、推断は強引かつ一方的であるから、こうした根拠に基づいて、住民の個人情報がデータマッチングや名寄せをされ、そのプライバシーが侵害される具体的危険があるとの判断も説得力に乏しいとの感を免れないのである。むしろそこでいわれている危険は精々抽象的、観念的な危険にすぎないというのが率直な印象である。また同じ批判を別の角度から繰り返すことになるが、上述のようにしきりにデータマッチングや名寄せの危険を指摘するものの、それが現行の住基ネットの下で現実、具体的にどのように行われ、その蓋然性はどの程度かという考察や説明もない。いわれているのは精々、前述したような、「行政機関が個別に保有する個人情報の範囲が拡大して、少数の行政機関によって、行政機関全体が保有する多くの部分の重要な個人情報が結合・集積され、利用されていく可能性は決して小さくないといえる」といった、いわば行政機関悪玉論的なレベルの推論である。

さらにまた仮に判決のいうように、住民票コードを使ってデータマッチングや名寄せがされるとしても、それは、それ自体は各行政機関が合法的に遂行できる行政事務のために、合法的に収集した個人情報が結合されるということであって、住民票コードによって違法に新しい個人情報が収集されるということではない（その意味では、データマッチングや名寄せが住基法の規定に違反することは明白であるが、それを超えて、それ自体で、直ちにプライバシー権の侵害になるのかの検討が必要になることもあろう）。大阪高裁判決が住基ネットスタート前の市町村による防衛庁（当時）への自衛官募集に関する適齢者情報の提供を、住基ネットの本人確認情報を利用して当該本人に関する個人情報が際限なく集積・結合され、それが利用されていく危険性が具体的に存在する

ことを窺わせる恰好の例としているのを見ると、そうした区別が明確に意識されているのかという疑念すら抱かされるのである。

なお大阪高裁判決は、「本人確認情報保護の法制について」というタイトルの下での上述のような検討の結果として、データマッチングや名寄せの具体的な危険の存在を指摘するのみならず、もう1つの、「個人情報の集積・結合・利用について」というタイトルの下での検討によっても、同様の危険を指摘している。その主たる理由は、市町村長その他の執行機関は、条例によって住民が発行を受けた住基カードを市町村が提供するサービスの申込み等、さまざまな目的に活用することができるとされているところ、住民が実際に住基カードを使ってそれらのサービスを受けた場合には、その記録が行政機関のコンピュータに残り、それらの記録を住民票コードで名寄せすることも可能であるとの判断であるが、このことについても最高裁は、「システム上、住基カード内に記録された住民票コード等の本人確認情報が行政サービスを提供した行政機関のコンピュータに残る仕組みになっているというような事情はうかがわれない」と一蹴している。

こうして最高裁は再度、「上記のとおり、データマッチングは本人確認情報の目的外利用に当たり、それ自体が懲戒処分の対象となるほか、データマッチングを行う目的で個人の秘密に属する事項が記録された文書等を収集する行為は刑罰の対象となり、さらに、秘密に属する個人情報を保有する行政機関の職員等が、正当な理由なくこれを他の行政機関等に提供してデータマッチングを可能にするような行為も刑罰をもって禁止されていること、現行法上、本人確認情報の提供が認められている行政事務において取り扱われる個人情報を一元的に管理することができる機関又は主体は存在しないことなどに照らせば、住基ネットの運用によって原審がいうような具体的な危険が生じているということとはできない」と結論するのである。最高裁は、いわば大阪高裁判決が、「住基ネットの運用によって控訴人が主張するようなデータマッチングや名寄せが行われることは考え難いといえなくもない」としたところで判断を終るべきで



あり、それ以後の、「しかしながら、次の点を指摘することができる」としてなされている検討（すなわち本稿でかなり詳細に紹介した違憲の結論につながる検討）は不要、さらには誤りとするわけである。

この最高裁判決はとくに目新しいところはないものの、住基ネットに関する大きなトラブルがみられない現時点では、ごく自然な判決といえるであろう。反対意見はもちろん、補足意見もなしに全員一致で言渡されたのも当然のことと思われる。

なお現在（08年10月末）のところ、筆者はこの最高裁判決についての本格的な批評は未だみていない。ただいくつかの短い批判や紹介は目にしたので、とりあえずそのうちの代表的なものと思われる田島教授による論稿<sup>(10)</sup>を簡単に紹介し、合せて筆者のそれについての感想をのべておくことにしたい。

田島教授の論稿は、その「最高裁住基ネット合憲判決批判」というタイトル自体が示すように、また教授がかねてより住基ネットのプライバシー侵害の危険性を強く指摘してきたことから予想されるように、最高裁判決を全面的に否とするものであるが、その批判は3点からなされている。

第1は、最高裁判決が原審の大阪高裁判決を含め、判決の多くがこれを認めてきた自己情報コントロール権を明示せず、また京都府学連事件判決や早稲田大学名簿提供事件判決で最高裁自身が示していた、個人情報の収集や第三者への開示には、「本人の同意」を必要とするという要件も外していることである。しかし田島教授に限らず、住基ネットに批判的な論者がよく説く、多くの判例がすでに自己情報コントロール権説を採用しているという理解が必ずしも正確でないことは、前稿①でのべたとおりであり<sup>(11)</sup>、また、「何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう、姿態…を撮影されない自由を有する」ことを認めた京都府学連事件判決<sup>(12)</sup>や、学生が大学当局に任意に提供した個人情報を、適切な管理についての合理的な期待を裏切り、学生の同意を得る手段をとることなく、警察に開示した大学の行為はプライバシー権を侵害するものとして、不法行為を構成するとした早稲田大学名簿提供事件判決<sup>(13)</sup>が、個人情報一般

について、その収集や提供には一般的に「本人の同意」を必要とするとの判例法理を確立したものともいえないであろう。2つの判決はいずれも、警官や大学の個人情報の収集や提供に確たる法的根拠がないという当該事件の態様と深く関わっているのであって、住基法によって本人確認情報の管理や利用が明確に定められている本件とは事情を異にするのである。

第2は、本人確認情報の要保護性の評価である。最高裁は前述のように、氏名、住所、生年月日、性別という4情報、および変更情報は個人の内面に関わるような秘匿性の高いものとはいえず、住民票コードも住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等を目的に利用される限りにおいてはその秘匿性の程度は他の5情報と異なるものではないとするのであるが、田島教授はこのように最高裁判決が変更情報や住民票コードを他の4情報と区別せず、その役割や機能、その結果としてのプライバシー保護の程度を丁寧に吟味することをしていないこと、とくに住民票コードについては、それを媒介にデータマッチングされる条件と前提が構築されているというその役割や機能への危惧、懸念が原審大阪高裁判決のようにみられないことを、リアルな現実感覚や説得性を欠くものとするのである。しかし一般的にも住基ネット批判の中心点であるデータマッチングや名寄せの危険性の指摘が必ずしも具体的で説得力のあるものとはみえないこと、とくに大阪高裁判決のそうした判断の理由には多くの疑問符が付くことは上述したとおりであるから、最高裁判決を批判する場合はそうした問題について説得力のある説明をすること、とりわけ大阪高裁判決の結論はともかく、その理由をどう評価するのか、真に評価に値すると考えているのかを明らかにすることが必要ではなかろうか。

第3に、最高裁は住基ネットによる本人確認情報の管理、利用等は、住民サービスの向上、および行政事務の効率化という正当な行政目的の範囲内で行われており、また住基ネットに技術上または法制度上の不備があって本人確認情報が法令等の根拠に基づかず、または正当な行政目的の範囲を逸脱して第三者に開示又は公表される具体的危険が生じているということもできないとする

が、住基ネット訴訟のなかでなされた調査囑託などによれば、住民サービスの向上や費用対効果に否定的、消極的な結果が示されており、またいくつかの自治体でインターネットを通して住民票コードを含む住民情報や住基ネットの操作マニュアルなどが漏えい・流出している現実もあることである。田島教授は最高裁がこれらのことを無視して、本人確認情報の取扱いが正当・合法であり、具体的な危険がないとしているのは、余りに鈍感であるとする。

しかし最高裁の住民サービスと行政の効率化に関する言及は、判決文から明らかにるように、住基ネットは本来のそうした目的の範囲を逸脱することなく運用されているという趣旨であって、行政サービスの向上に大きく寄与しているとか、費用対効果上も優れたシステムであるとかの量的な評価をしているわけではない。また住民サービスの向上に寄与しているかどうか、あるいはどの程度寄与しているかの判断は立場により、またひとによって、それぞれに評価が異なることがらであって、若干の調査結果によって断定できるものではないであろう。例えば高齢化社会の今日、公的年金の受給者が従来年1回提出を義務付けられていた現況届が、住基ネットの利用により不要になったことは、そうした現況届とは関係ないひとにとっては何らメリットとは感じられなくても、現況届の提出が必要であったひと、とりわけそのなかの肉体的能力や認知能力の障害によって、そうした現況届の提出手続が困難なひと、あるいは提出の必要性すら理解できないひとにとっては、それだけでも住基ネットの大きなメリットということになるのである。

費用対効果についても、前稿①でも指摘したように、その計算は必ずしも容易ではないし、さらに、仮に費用対効果上は疑問があったとしても、国民生活の利便の向上のために必要があれば遂行しなければならない行政事務は当然あるわけであるから、いくつかの調査で否定的、消極的な結果が示されたことを理由に住基ネットを費用対効果を欠くもの＝無益・無駄とすることも即断にすぎよう。なおいくつかの自治体における漏えい・流出事件の事情については筆者は把握していないが、こうした若干の例しか示されていないことは、逆に、

それが偶々のケースであって、住基ネットの本来的危険を示すものではないともいえるのではなかろうか。

いずれにしろ、田島教授の論稿をはじめとするこれまでの住基ネット合憲判決批判は、総じていうと、住基ネット設計時の反対論をそのまま判決批判としたものであるような印象を受ける。しかし現在は、例えば、住基ネットの本人確認情報を利用した行政事務について、それが本人確認情報を利用することによってどのように国民生活の利便や行政事務の効率化につながっているかの具体的検討を行うなど、住基ネット稼働後の現実の状況をも考慮に入れた新たな考察が求められているといえるのではないだろうか。そうしたことを抜きにして、従来の住基ネット違憲論をひたすら繰り返しても、裁判所に影響力を及ぼすことはきわめて困難であると思われるのである。

註

- (1) 九州国際大学法学論集14巻3号(15)頁以下。
- (2) 大阪高判平成18・11・30判時1962号11頁。
- (3) 金沢地判平成17・5・30判時1934号3頁。
- (4) 名古屋高金沢支判平成18・12・11判時1962号40頁。
- (5) 九州国際大学法学論集15巻1号36頁以下。
- (6) 東京地判平成17・4・13判時1890号27頁、東京地判平成18・3・29判時1932号51頁。
- (7) 東京高判平成18・2・28家月58巻6号47頁、東京高判平成19・2・27判例集未登載。
- (8) 最判平成20・3・6民集62巻3号665頁。
- (9) 大阪地判平成16・2・27判時1857号92頁。
- (10) 田島泰彦「最高裁住基ネット合憲判決批判」(法律時報80巻6号1頁)。
- (11) 九州国際大学法学論集14巻3号(33)頁以下。
- (12) 最大判昭和44・12・24刑集23巻12号1625頁。
- (13) 最判平成15・9・12民集57巻8号973頁。

## IV-2 国籍法違憲訴訟最高裁判決

### (1) 下級審判決

国籍法違憲訴訟最高裁判決の検討に当たっても、先ず、前稿②ですでにふれた対象事件の下級審判決を改めて紹介しておくことにしよう。

平成20年6月4日の最高裁による国籍法違憲訴訟判決は周知のように、2つの事件についてそれぞれ言渡されている。すでに註(6)と(7)で示しているが、その2つの事件を改めて下級審判決の日付と登載誌によりここで示すと、1つは、東京地判平成17・4・13判時1890号27頁、東京高判平成18・2・28家月58巻6号47頁の事件（以下「第1事件」という）であり、もう1つは東京地判平成18・3・29判時1932号51頁、東京高判平成19・2・27判例集未登載の事件（以下「第2事件」という）である。いずれも日本人を父とし、フィリピン人を母として日本で出生した子につき、法定代理人（親権者）である母が、子が出生後父から認知されたことを理由として、国籍法3条1項（以下原則として単に「3条1項」という）による国籍取得届を提出したところ、届出は3条1項の条件を備えているものとは認められないとする通知を受けたため、この父母の婚姻及び嫡出子たる身分を取得したこと（以下原則として「準正要件」という）を国籍取得の条件とする同条項は憲法14条1項に違反し、無効であるなどと主張して、子（原告）が日本国籍（以下原則として単に「国籍」という）を有していることの確認を求めた訴えである点では共通している。

ただ第1事件は原告は1人であり、父の認知は任意認知であるが、第2事件は9名の子どもからそれぞれ出された国籍確認訴訟を併合したものであり、認知も任意認知のケースと強制認知のケースがあるという違いがある。なお2つの最高裁判決のうち判例集には第1事件判決が登載されているので、本稿もこの事件の下級審判決の紹介から始めるが、後にみるように、最高裁判決は第2事件1審判決と共通するところもあるので、この判決についても同様にややく

わしく紹介することにする。

第1事件1審判決は、結論として原告の請求を認容したが、その中心部分を要約すると、被告国が、3条1項による準正子と準正子でない非嫡出子との間に生じている国籍取得の可否の区別の合理性を裏付けると主張する4つの事情を検討し、準正子と準正子でない非嫡出子の一部、すなわち父母が内縁関係にある非嫡出子との間の国籍取得の可否の区別に合理的理由はなく、したがってそのような区別を生じさせている点で、3条1項は憲法14条1項に違反するものというべきであるとするものである。

すなわち判決は区別の合理性の根拠として主張される4つの事情のうち、準正子ではない非嫡出子に国籍取得を認めた場合には、国籍取得のための仮装認知が横行するおそれがある、嫡出子と非嫡出子とで区別した取扱いをすることは民法等においても認められており、そのような区別は、我が国の伝統、社会事情、国民意識等を反映した結果なのであるから、合理的根拠を有する、および、準正子でない非嫡出子には3条1項に基づく国籍取得が認められないとしても、帰化制度を利用することによって国籍取得が可能であるから、不当な結論がもたらされるわけではない、という3つの事情については比較的簡単な検討で、区別の合理性を基礎付ける事情にはなり得ないとし、主として、残りの準正子は、日本国民である父と共同生活を送っているものが多いと想定され、したがって我が国との結びつきが強いといえるのに対し、準正子でない非嫡出子については、必ずしもそのような関係があるとはいえないという事情について検討し、結論として、準正子でない非嫡出子の一部についてはそのことに合理性を認めることはできないとするのである。

この最後の事情についてそうした結論を導くについて判決は先ず、「国籍の伝来的取得については、日本国民との間に法律上の親子関係が生じたことに加え、我が国との間に一定の結びつきが存することを要求したのが法（＝国籍法―筆者）3条1項の規定であり、…このように国籍の伝来的取得のために、我が国との間に一定の結びつきが存することを要求することそれ自体には、合理

的な理由があるものというべきである。そして、…我が国との間に国籍取得を認めるに足りる結びつきが存するかどうかは、何らかの指標に基づいて定めざるを得ないところであるし、その指標として、日本国民である親と、その認知を受けた子を含む家族関係が成立し、共同生活が成立している点を捉えることそれ自体にも一応の合理性を認めることができるものというべきである」という。

こうして判決は3条1項が国籍の伝来的取得について、認知に加えて、子が我が国と一定の結びつきをもつこと、すなわち日本国民である親と当該の子との間に家族関係・共同生活が成立していることを必要としていること自体には合理性が認められるとするが、しかし3条1項がこの家族関係・共同生活の成立という「指標」を、さらに「父母の婚姻」、すなわち父母の法律上の婚姻と法定・限定していることには合理性は認められないとする。

つまり上にのべたような「家族関係や共同生活は、父母の間に法律上の婚姻関係が成立した場合のみ営まれるものではなく、いわゆる内縁関係として、父母が事実上の婚姻関係を成立させ、認知した非嫡出子とともに家族として共同生活を営む事例が少なくないことは公知の事実である」から、「父母が法律上の婚姻関係を成立させている場合とそうでない場合とで、家族としての共同生活の実態が典型的に異なると認めるに足りる事情が存するものとはいえないし、価値観が多様化している今日の社会においては、父母が法律上の婚姻関係を成立させている家族こそが正常な家族であって、そうでない内縁関係は、家族としての正常な共同生活を営んでいるとの評価には値しないといわなければ我が国の社会通念や国民感情等に反するなどということも困難であるといわざるを得ない。そうすると、日本国民を親の一人とする家族の一員となっている非嫡出子として、我が国との結びつきの点において異ならない状況にあるにもかかわらず、その父母の間に法律上の婚姻関係が成立している場合には国籍取得が認められるのに、法律上の婚姻関係が成立していない場合にはそれが認められないというのは、我が国との結びつきに着眼するという国籍法3条1項本

来の趣旨から逸脱し、またそれ自体としても合理的な区別の根拠とはなり得ない事情によって、国籍取得の有無についての区別を生じさせるものであって、そこには何らの合理性も認めることができないものというべきである」とされるのである。

こうして判決は、結論として、「以上の次第で、法3条1項は、準正子と、父母が法律上の婚姻関係を成立させていないが、内縁関係（重婚的なものも含む。）にある非嫡出子との間で、国籍取得の可否について合理的な理由のない区別を生じさせている点において憲法14条1項に違反するものというべきである」とする。このように判決は、準正子と準正子ではない非嫡出子一般との間に生じている区別の合理性の検討からスタートしながら、最後は、準正子と父母が法律上の婚姻関係を成立させてはいないが、内縁関係にある非嫡出子との間の国籍取得の可否の区別の合理性の有無に検討をしぼり、こうした区別には合理性が認められないとして、このような不合理を生じさせている点で3条1項を違憲とするのである。

なおこう解すると、当然、父母が法律上の婚姻関係や内縁関係にあって、家族としての共同生活の成立が認められる準正子や非嫡出子と、その父母の間に事実上の婚姻関係が成立しているとまではいえないが、親との間に一定の交流が認められる者や、日本に滞在しているが故に我が国との結びつきが認められている者等、我が国との間に一定の結びつきがないわけではないが、家族としての共同生活の成立までは認められない非嫡出子との間の区別をどう捉えるかも問題になり得るが、この点につき判決は、3条1項は、父母と非嫡出子の間に家族生活が成立しているという点に着目して我が国との結びつきを肯定した規定であり、そのこと自体には合理性が認められる以上、家族としての共同生活の成立が認められない非嫡出子との間には類型的な差異が生じているものといわざるを得ないのであるから、これらの非嫡出子との間に生じている区別を不合理なものであって、憲法14条1項に違反すると断ずるだけの根拠はないとしている。やや分かり難い説明であるが、要するに3条1項は国籍の伝来的



取得について、法律上の親子関係が生じたことに加えて、我が国との間に一定の結びつきが存することを求め、この結びつきの指標として家族としての共同生活の成立に着眼した規定であり、そのことには一応の合理性が認められるから、こうした3条1項の類型外である非嫡出子の国籍取得の問題は3条1項とは別の、むしろ立法論の問題であって、3条1項がそれらの者をも包含していないからといって、直ちに憲法違反とはいえないということであろう。

このように、準正子と準正子でない非嫡出子の一部、すなわち、父母が内縁関係にある非嫡出子との間の区別を違憲とするいささか特異な判決に対し、学説の多数は準正子と準正子でない非嫡出子一般の区別を違憲と捉える傾向が強いから、判決の違憲の結論はその意味では限定的であるが、ただ3条1項が国籍の伝来的取得を準正子に限っていることを違憲とする点では共通しているわけである。

したがってその限りでは学説の大勢と軌を一にした判決であるが、判決はさらに、こうして3条1項は、父母が法律上の婚姻関係を成立させた子と、内縁関係にとどまる子との間に不合理な区別を生じさせている点において憲法14条1項に違反するとすると、そのことは3条1項の規定やその解釈にどのような影響を生じると論を進めている。そしてその結果、「父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得した子」について、一定の要件の下に国籍取得を認めている3条1項のうちの「父母の婚姻」という文言については、今日、内縁関係も、法律上の婚姻関係と同様あるいはこれに準ずる関係として捉えられ、様々な場面において法律上の婚姻関係と同様あるいはこれに準ずる保護を与えられていることを考慮すると、法律上の婚姻関係に限定されず、内縁関係も含む趣旨であると解することは不可能ではないが、他方3条1項のうちの「嫡出子」という文言は、あくまでも父母の間に法律上の婚姻関係が成立していることを当然の前提とした文言であると解せざるを得ないから、「嫡出子」という文言のうち、「嫡出」の部分は一部無効と解するほかはないと結論する。

その結果3条1項は結局、内縁関係を含む父母の婚姻およびその認知により

嫡出子または非嫡出子たる身分を取得した子について、一定の要件の下に国籍取得を認めた規定と理解すべきことになり、原告はこれらの条件を満たす者として、国籍取得の届出をした日に国籍を取得したものであるとされるのである。

他方第2事件1審判決は、「国籍法3条1項が準正を国籍取得の要件とした部分は、日本国民を父とする非嫡出子に限って、その両親が婚姻をしない限り、法律上の親子関係が認められても、届出により日本国籍を取得することができないという、非嫡出子の一部に対する大きな区別と不利益をもたらすことになり」、「このような区別によって非準正子の被る不利益の深刻さや、区別の大きさ等にかんがみると、この区別は、合理的な根拠に基づくものであるとはいえず、憲法14条1項に反する不合理な差別であるといわざるを得ない」との結論が示すように、準正子と、準正子でない非嫡出子との間に、準正要件のみをもって国籍取得に差異を設けることに合理的な理由が認められるかどうかの検討を最後まで維持している。すなわち第1事件1審判決のように、それを準正による嫡出子と、父母が法律上の婚姻関係を成立させてはいないが、内縁関係にある非嫡出子との間の国籍取得の可否の区別の合理性の検討に収斂させてはいないのである（なお前稿②では両判決のこの違いを必ずしも明確に認識しないまま記述し、そのため両判決をむしろ基本的には同様のものとするなど、不正確な説明をしている箇所があるが、この点は本シリーズを一書にまとめる際に修正するつもりである）。

2つの判決でこうした違いが生じている原因は、3条1項の本来の趣旨とされる、生後認知された子のうち、日本国民と生活の一体化が生じている点において我が国との結び付きないし帰属関係がある子に限って国籍を付与しようとする考え方に対する評価の差である。第1事件1審判決は前述のように、この考え方に全面的に賛成するわけではないものの、一応の合理性を認め、それを家族関係・共同生活の成立と敷衍して準正要件について判断し、上にみたように結論しているのであるが、それに対し第2事件1審判決は、「そもそも日本

国籍の取得において、子が我が国と強い結び付きないし帰属関係を有していること、具体的には日本国民である親との家族関係や生活の一体化があることは、我が国の国籍法において、国籍の取得のための重要な考慮要素とされているということは困難であり、「国籍法の解釈上、このような我が国との強い結びつきないし帰属関係や、日本人の親との家族関係ないし生活の一体化等」が、父母両系血統主義と並び立つような重要な理念と位置づけられているとは解し難いとするのである。

つまり第2事件1審判決によれば、3条1項の趣旨とされる考え方は、実は、国籍法の全体的構造や思想にマッチせず、十分に説得的ではないことになるのである（こうした評価の前提には、生後認知を受けた非嫡出子のうち、我が国との結び付きないし帰属関係の強い子に限って国籍を付与しようとする場合には、国籍法が父母両系血統主義に拠って立っていること、および日本国民の法律上の子であると認められながら国籍を取得することができないという不利益の深刻さと区別の大きさに照らすと、そのような別異の取扱いをする理由には、十分な合理性が認められなければならないという理解がある）。

その理由として判決は、国籍を保有していても、日本国民との生活の一体化や我が国との強い結びつきないし帰属関係がないケース、あるいは逆にそうした要素はあるものの、現行法下では国籍取得ができないケースをあれこれと挙げている。すなわち判決は、国籍を保有し、一体的な家族生活を営んでいることになっている場合でも、勤務上の必要性や不仲等のために別居していれば、実際には生活の一体化等は存せず、また日本国民である父の外国滞在中に外国人を母として生まれ、その後も海外に居住しているような子どもについては、日本国民である父との生活の一体化があり、国籍を保有していても、我が国との結びつきが強いとは必ずしもいえず、さらに、準正子の場合であっても、父母が婚姻届を提出した事実があれば足りるのであるから、父母が同居していないが、国籍を取得させるために婚姻届を提出したときや、あるいは婚姻届を提出した後に離婚したときも含まれること、他方、法律上の婚姻がなくても、日

本国民である親を含む家族関係や生活の一体化が実現していたり、日本人を父とし、外国人を母とする子は、日本で生まれ、その後も継続して日本で育っていることが多く、この場合は日本国民である親との生活の一体化がなくても、日本人の親と緊密な親子関係があったりして、我が国との強い結びつきや帰属関係を肯定し得るときもあると予測できることなどを、縷々指摘するのである。

そしてこれらのことは当然、我が国との結び付きないし帰属関係の強い子に限って日本国籍を付与しようとする 3 条 1 項の趣旨とされる考え方の合理性の乏しさのみならず、結び付きないし帰属関係の強さの指標として、父母の法律上の婚姻を掲げることの不合理さも示すものであるから、判決はこうした行論を受けて、「以上によると、認知による国籍取得の制度においては、現在では我が国との強い結び付きないし帰属関係を要求することの合理性は高いものと評価することはできず、かつ、そのような我が国との強い結び付きないし帰属関係があるものと認める指標として日本国民である親との生活の一体化を求め、これを父母の法律上の婚姻関係があることを一律に要求することによって法定化し、これをもって国籍を取得することができるか否かの区別を設けることは、…、それを裏付けるほどの合理性を有するものではないというべきである」とするのである。

すなわち第 1 事件 1 審判決は、生後認知された子のうち日本国民と生活の一体化が生じている点において我が国との結び付きないし帰属関係が強い子に限って国籍を付与しようという 3 条 1 項の立法趣旨とされる考え方に合理性を認め、ただこうした立場からその掲げる準正要件をみると、それは、こうした条件をともに満たす子の間に国籍取得の可否の区別をもたらすことがあるとし、その限りで準正要件を不合理とし、3 条 1 項を違憲とするのであるが、第 2 事件 1 審判決は、3 条 1 項の立法趣旨とされる考え方には求められる十分な合理性がないとし、こうした評価を受けて、準正要件も不合理であり、結局準正子と準正子でない非嫡出子の区別そのものが、違憲な差別であるといわざる

を得ないとするのである。

前述のようにこうした第2事件1審判決の方が第1事件1審判決よりも学説の大勢に沿うものであるであるが、ただ、第2事件1審判決は、そこから国籍法3条1項全体を違憲無効とするわけではなく、3条1項のうち、準正要件とその余の要件は本来的、論理的には可分なものであり、そうすると、法律の規定はできるだけ合憲的に解釈すべきであるから、3条1項のうち、一部を違憲無効と解することで足りるのであれば、そのように解するにとどめるのが相当であるというべきであるとする。そして、「国籍法3条1項は、父母両系血統主義を採る同法2条1号による国籍の付与をさらに拡充する規定であり、同号は法律上の親子関係を要求するものの、父母の婚姻関係まで要求していないことにもかんがみれば、同法3条1項における中核的要件は、…日本国民である父又は母から認知された子という部分（条文の文言としては、「認知により…（中略）…身分を取得した子」と同項後段の部分）であって、…準正要件は、重要ではあるものの、中核的なものではないと解するのが相当である」とし、「以上によれば、上記两部分が本来的に可分であり、準正要件については合理性が認められず、また、準正要件は中核的なものではないと解される以上、国籍法3条1項のうち、準正要件を定める部分（すなわち3条1項の文言に即していえば、「婚姻及びその」ならびに「嫡出」の部分—筆者）のみを違憲無効と解すべきである」とするのである。

その結果、原告らは、違憲無効の準正要件以外の3条1項の国籍取得届出要件に欠けるところはないというべきであるとされ、その国籍確認の請求は認容されることになるのである。

しかし2審判決は、第1事件のそれも、第2事件のそれも、ともに、上にみたような1審判決を取り消し、被控訴人（原告—以下引用文中を除いて「原告」で統一する）らの請求を棄却するものであった。

そのうち第1事件2審判決は、そもそも原告の3条1項の違憲無効の主張と、国籍確認の請求は、原告のいうようには連動しないとする。つまり、「仮

に同項（3条1項一筆者）の規定が無効であるとすれば、父母の婚姻及び父による認知要件を具備した子において日本の国籍を取得する規定の効力が失われるだけであって、そのことから、被控訴人の主張するような出生した後に父から認知を受けたが、父母が婚姻しないために嫡出子たる身分を取得しない子が日本の国籍を取得する制度が創設されるわけではないことも明らかといわざるを得ない」というのである。同判決はさらに念を押して、原告が主張するように、仮に3条1項が違憲無効とすれば、準正子でない非嫡出子のみならず準正子も、上述のように、国籍を取得することができなくなり、両者の間には国籍取得の可否の区別がなくなるから、原告は、両者の区別を不合理とする自らの主張を維持することができなくなることも明らかであるともいう。

こうした説はかねてより存在し、そのため、第2事件1審判決は態々、「なお、仮に国籍法3条1項が憲法14条1項に違反して無効であるとしても、これまで国籍法3条1項によって認められていた準正による嫡出子の国籍取得が認められなくなるだけのことであり、このことによって非嫡出子である原告らの国籍取得原因が発生することにはならないから、原告らの主張には理由がないのではないかとの懸念も生じ得る。しかしながら、原告らが主張しているのは、国籍法3条1項全体の違憲無効ではなく、届出による国籍の取得を認める同項のうち、『父母の婚姻』及び『嫡出子たる身分』の部分の違憲無効であり…、これが認められれば、同項によって、日本国民である父又は母の認知と届出のみによって日本国籍を取得することが可能となるから、原告らの主張、すなわち、準正要件の違憲性を判断することには、意味があるといえることができる」との前置きをしたうえで、準正要件の合理性を裏付けると被告国が主張する事情について、真に合理性が認められるか否かを検討するのであるが、第1事件2審判決も流石に上のような形式論のみで終ることにはちゅうちょがあったようで、原告の主張の真意を斟酌すると、3条1項の類推適用あるいは拡張解釈によって、父母は法律上の婚姻関係にないが、事実上の婚姻と同視し得る内縁関係にあるのであるから、日本人父による生後認知を受けた原告についても、

国籍の取得を認めるべきであるとの主張とみる余地もないではないとして、検討を続ける。

しかし判決は、国籍法については、規定する内容の性質上、元々法律上の文言を厳密に解釈することが要請されるものであり、立法者の意思に反するような拡張ないし類推解釈は許されないというべきであるとし、とくに3条1項については、「婚姻」、「認知」、あるいは「嫡出子」という概念によって立法者の意思が一義的に示されているうえ、同項が2条1号の適用のない者について日本国籍を認める例外的、補完的な性質を有する規定であって、本来むやみに拡張を許すべきものではないことを考えれば、その類推解釈あるいは拡張解釈によって、原告の国籍の取得を認めることはできないとする。こうして原告の主張するような、事実上の婚姻関係も3条1項が国籍取得の要件として規定している「婚姻」に含まれるとの拡張ないし類推解釈をすることは許されないとまとめるのである。

さらにまた判決は、原告の3条1項の違憲無効の主張を、3条1項のうち「婚姻」ないし「嫡出子」を要件とする部分だけを違憲無効とし、もって同項を原告の国籍取得を可能にするよう拡張ないし類推解釈すべきであるとの主張を解する余地もないではないとしても、こうした主張は、結局、裁判所に類推解釈ないし拡張解釈の名の下に国籍法に定めのない国籍取得の要件の創設を求めるものであって、裁判所がこのような国会の本来的機能である立法作用を行うことは許されないから、やはり認められないともいう。

こうして第1事件2審判決は第1事件1審判決のような解釈法も、第2事件1審判決のような解釈法も、ともに否定して、原告の請求を退けるのである。

なお第2事件2審判決も、「被控訴人らは、法3条1項のうち、『父母の婚姻』及び『嫡出子たる身分の取得』の要件のみが憲法14条1項に違反して無効であるから、被控訴人らは同条項の届出により日本国籍を取得する旨を主張する。しかしながら、法3条1項は、日本人父の子のうち、父の認知と父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したものに対する規定であって、非嫡出子は含まれ

ないものとして成立したものであるから、上記要件を無効としたところで、同条項に基づき非嫡出子が法務大臣に対する届出により国籍を取得することができるものと解することはできない。仮に被控訴人らが主張するように法3条1項のうちの上記要件のみが憲法14条1項に違反して無効であるとして、そのことから非嫡出子が認知と届出のみによって日本国籍を取得できるものと解することは、法解釈の名の下に、実質的に国籍法に定めのない国籍取得の要件を創設するものにほかならず、裁判所がこのような国会の本来的な機能である立法作用を行うことは憲法81条の違憲立法審査権の限界を逸脱するものであって許されないというべきである。また、法3条1項の趣旨からすると、被控訴人ら主張の上記要件が憲法14条1項に違反して無効であるとすれば、法3条1項全体が憲法14条1項に違反して無効となると解するのが相当であるが、仮に3条1項が無効とされるとすれば、父母の婚姻及び日本人父による認知の要件を具備した子が日本国籍を取得できる根拠規定の効力が失われるだけであり、そのことから、出生した後に日本人父から認知を受けたものの、父母が婚姻しないために嫡出子たる身分を取得しない子が日本国籍を取得する制度が創設されるわけではないことも明らかであるといわざるを得ない」と、共通するところの多い理由をのべて（両判決の裁判体は異なる）、原告の請求を退けている。

このように2事件の2審判決はともに、3条1項の合憲性については判断しないまま、原告らの請求を退けたのである。

## (2) 最高裁判決

上記のように原告らの請求を退けた2つの2審判決についてはともに上告がなされたが、この上告事件はいずれも第1小法廷から大法廷に回付され、冒頭にのべたように、平成20年6月4日大法廷は3条1項の一部を違憲とする判決を言渡したのである。

両事件の最高裁大法廷判決（以下単に「最高裁判決」ないし「判決」という）



は当然同旨であるが、これも先にのべたように、以下ではそのうちの第1事件最高裁判決<sup>(14)</sup>をみていくことにしよう。

この最高裁判決はすでによく知られているように、5名の裁判官の2つの反対意見があり、また6名の裁判官の4つの補足意見、1名の裁判官の意見もあるため、最高裁の判決としては相当の長文になっているが、9名の裁判官の多数意見そのものもかなり長く、それだけに簡単にはまとめ切れない内容になっている。

それを解きほぐし、判決の順に従って本節の検討に必要な限りで内容を紹介すると、判決は先ず、憲法14条1項は、事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、法的な差別的取扱いを禁止する趣旨であり、したがって、「日本国民たる要件は、法律でこれを定める」と定めた憲法10条は、国籍の得喪に関する要件を定めるについては立法府の裁量判断に任ねる趣旨の規定であると解されるとしても、立法府によって定められた日本国籍の取得に関する法律の要件によって生じた区別が、合理的理由のない差別的取扱いとなるときは、憲法14条1項違反の問題を生じることはいうまでもないとする。さらに判決は、「すなわち、立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、なおそのような区別をすることの立法目的に合理的な根拠が認められない場合、又はその具体的な区別と上記の立法目的との間に合理的関連性が認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、同項に違反するものと解されることになる」と、いかなる点に着目して合理性を判断すべきかを、かなり具体的かつ明確にのべるのである。

しかもさらに、国籍はわが国の構成員としての資格であって、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受けるうえで意味をもつ重要な公的地位でもあり、一方、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということは、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄であるから、このような事柄をもって国籍取得の要件に関して区別を生じさせることに合理的な理由があるか否かについ

ては、慎重に検討することが必要であると付け加えている。前述のように第2事件1審判決は、準正子と準正子でない非嫡出子との間で国籍の取得について別異の取扱いをする場合には、不利益の深刻さや区別の大きさ等からして、その理由に十分な合理性が認められなければならないとするが、表現こそ異なるものの、最高裁判決も一応の合理性があるとか、あるいは著しく不合理とはいえないとかいったレベルでは、区別の合理性を裏付けるものとはいえないことを示唆しているものと思われる。

判決はこうしておいて、続いて準正子と準正子でない非嫡出子との間で国籍取得の可否の区別（以下原則として「本件区別」という）を生じさせている3条1項の立法目的に合理的な根拠が認められるか否か、およびその具体的な区別と立法目的との間に合理的関連性が認められるか否かを論じるのであるが、この準正子と準正子でない非嫡出子の国籍取得の可否の区別の合理性を論じるという態度は第2事件1審判決同様、最後まで維持されている。

3条1項の立法目的については判決は、「同法の基本的な原則である血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結びつきの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後における日本国籍の取得を認めることとしたものと解される」という。そしてとくにくわしく理由をのべることなく（もっとも3条1項を設けた国籍法改正時には、父母両系血統主義を採用する国には、自国民である父の非嫡出子について認知だけでなく、準正のあった場合に限り、自国籍の取得を認める国が多かったことや、日本国民を血統上の親として出生した子であっても、日本国籍を生来的に取得しなかった場合には、その後の生活を通じて国籍国である外国との密接な結びつきを生じさせている可能性があること等はのべられている）、こうした立法目的自体には合理的な根拠があるというべきであるとする。この判断は最後まで変えられていない。

また具体的な区別と立法目的との間の合理的関連性についても、3条1項が認知に加えて準正を国籍取得の要件としたことは、当時の我が国の社会通念や

社会的状況、あるいは諸外国における国籍法制の傾向からすれば、立法時には、立法目的との間に一定の合理的関連性があったものということができるとして、それを肯定する。

こうして3条1項は立法時にはその目的においても、認知に加え、準正を国籍取得の要件としたことにおいても、合理性が認められる規定であったとされるのである。

しかし時代の進展につれ、認知に加えて準正を出生後における届出による国籍取得の要件としておくことについては、立法目的との間に合理的関連性を見出し難くなっていると判決は論を進める。すなわち3条1項について求められる2つの合理性のうち、第1の立法目的の合理性は依然維持されているとしても、第2の具体的な区別と立法目的との間の合理的関連性はもはや継続して認めるのが困難であるとするのである。

判決がこのような判断する理由は2つあって、1つは我が国の社会通念・社会的状況の変化、あるいは国際化の進展・国際的交流の増大による日本人父と外国人母との間に出生する子の増加、等に伴う家族生活の実体や親子関係のあり方についての認識の複雑多様化である。具体的には、夫婦共同生活のあり方を含む家族生活や親子関係に関する意識が多様化したこと、出生数に占める非嫡出子の割合の増加などの家族生活や親子関係の実態も変化・多様化したこと、および両親の一方のみが日本国民である場合には、同居の有無などの家族関係の実態や法律上の婚姻あるいはそれを背景にした親子関係のあり方についての認識も、両親が日本国民である場合と比べてより複雑多様な面があり、その子とわが国との結びつきの強弱を両親が法律上の婚姻をしているか否かをもちて直ちに測ることはできないこと、等が指摘されている。

要するに3条1項の立法当時と比べて現在では、家族生活に関する意識や実態も変化し、多様化していること、とくに両親の一方のみが日本国民である場合には、そのことが顕著であること、具体的には夫婦や親子の同居、あるいは法律上の婚姻の手續に往時ほど重きを置かない意識や実態がみられるように

なったことがのべられているのであるが、判決はその結果、「これらのことを考慮すれば、日本国民である父が日本国民でない母と法律上の婚姻をしたことをもって、初めて子に日本国籍を与えるに足りるだけの我が国との密接な結びつきが認められるものとするとは、今日では必ずしも家族生活等の実態に適合するものということとはできない」という。換言すれば、「血統主義を基調としつつ、日本国民との法律上の親子関係の存在に加え我が国との密接な結びつきの指標となる一定の要件を設けて、これらを満たす場合に限り出生後における日本国籍の取得を認める」という3条1項の立法目的、立法趣旨そのものは今日でもなお合理性を見出し得るが、「一定の要件」を「父母の法律上の婚姻」に限定することには、もはや合理性を見出すことはできないとするのである。

こうした判断の根拠となると判決がするもう1つの理由は、かつて自国民である父の非嫡出子について準正を国籍取得の要件としていた多くの国において、今日までに、認知等により自国民との父子関係の成立が認められた場合にはそれだけで自国籍の取得を認める旨の法改正が行われているなどの、非嫡出子の差別解消に向けての国際的な動向である。

重ねていえば、判決はこのような2つの理由を挙げて、「以上のような我が国を取り巻く国内的・国際的な社会的環境等の変化に照らしてみると、準正を出生後における届出による日本国籍取得の要件としておくことについて、前記の立法目的との間に合理的関連性を見いだすことがもはや難しくなっているというべきである」とするのである。

ただ正確にいうと判決は、3条1項の掲げる準正要件が、その立法目的と合理的関連性を欠くことの指摘を、これだけでは終っていない。さらにそれに付け加えて判決は、現行国籍法の下では、日本国民である父または母の嫡出子のもとより、日本国民である父から胎児認知を受けた非嫡出子、および日本国民である母の非嫡出子も生来的に日本国籍を取得することになるところ、これらの子と同じく日本国民を血統上の親として出生し、法律上の親子関係を生じた子であるにもかかわらず、日本国民である父から出生後に認知された子のうち

準正により嫡出子たる身分を取得しない子に限っては日本国籍を取得することができないことになるが、このように日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる非嫡出子のみが、日本国籍の取得について著しい差別的取扱いを受けていることは、国籍の取得が基本的人権の保障を受けるうえで重大な意味をもち、したがってその否定によって子の被る不利益が看過し難いものであることからすれば、立法目的との間に合理的関連性を見出し難いというのである。とりわけ判決は、日本国民である父から胎児認知された子と生後認知された子との間においては、我が国社会との結びつきの程度に一般的差異が存するとは考え難いこと、および、父母両系血統主義を採用する国籍法の下で、日本国民である母の非嫡出子が出生により日本国籍を取得するにもかかわらず、日本国民である父から出生後に認知されたにとどまる子は、届出による日本国籍の取得すら認められないことの不合理さをのべて（後者の区別は父母の地位をも区別するものであるから、両性の平等という観点からみてその基本的立場に沿わないところがあるともされている）、日本人を父とする非嫡出子についてのみ、準正要件を満たさない限り国籍取得を認めないとしていることは、今日においては、立法目的との間の合理的関連性を欠くにいたっていると判断する所以を補強している。

ただ胎児認知を受けた非嫡出子や日本人母の非嫡出子との区別の存在はそれとおりであるとしても、この区別は3条1項を設けた当時から存在したわけであるから、こうした区別の不合理さの指摘が、準正要件が、時代の進展につれて立法目的との間の合理的関連性を欠くようになったという判決の行論の補強となるかは疑わしいであろう。どういう意味で補強となっているのか分かりづらいとの批判が寄せられるのも<sup>(15)</sup>頷けるところである。

ともあれ判決はこうした行論を受けて、本件区別は遅くとも上告人が法務大臣あてに国籍取得届を提出した当時には、立法府に与えられた裁量権を考慮してもなおその立法目的との間において合理的関連性を欠くものとなっていたと解され、したがって上記時点において、本件区別は合理的な理由のない差別と

なっていたといわざるを得ず、国籍法3条1項の規定が本件区別を生じさせていることは、憲法14条1項に違反するものであったというべきであると結論するのである。

この後判決は、しかしながら、本件区別による違憲の状態を解消するために3条1項の規定全体を全部無効として、準正子の届出による国籍の取得をもすべて否定することは、採り得ない解釈であるとし、そうすると準正子について届出による国籍の取得を認める3条1項の存在を前提として、本件区別により不合理な差別的取扱いを受けている者の救済をはかり、本件区別による違憲の状態を是正する必要があるとして、その是正の方法の検討に移るのであるが、ここでここまでの最高裁判決のポイントを、コメントを混じえ、また2つの事件の1審判決とも比較しながら、一応中間総括的にまとめると、次のようなことがいえるであろう。

何よりも目につくのは、法の定める区別が憲法14条1項に違反するか否かは、合理的理由の有無によって決せられるとの従来の判例の立場を繰り返したうえで、その合理的理由の有無の判断方法を明確に示していることである。すなわち前述したように、「そのような区別をすることの立法目的に合理的根拠が認められ」るか否か、および、「その具体的な区別と…立法目的との間に合理的関連性が認められ」るか否かを検討し、そのいずれかが認められない場合には、当該区別は、合理的な理由のない差別として、14条1項に違反することになるとのべて、2つの判断基準を明示しているのである。

もちろん最高裁は従来も実質的にはほぼ同様の判断方法をとってきた。例えばいわゆる尊属殺重罰規定違憲判決<sup>(16)</sup>で、刑法200条が尊属の殺害について通常の殺人より刑を加重していることをもってただちに合理的根拠を欠き、憲法14条1項に違反するということはできないが、法定刑を死刑または無期懲役のみに限っている点において、その立法目的達成のため必要な限度を遙かに超え、著しく不合理な取扱いをするものとして、憲法14条1項に違反して無効であるとしなければならないとしたり、非嫡出子法定相続分差別規定合憲決定<sup>(17)</sup>

で、「現行民法は法律婚主義を採用しているのであるから、右のような本件規定の立法理由にも合理的な根拠があるというべきであり、本件規定が非嫡出子の法定相続分を嫡出子の2分の1としたことが、右立法理由との関連において著しく不合理であり、立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えたものということとはできない」としているのは、ほぼ同様の判断方法を表明したものと見えるであろう。

しかし今回の判決のように合理的理由の内容を、「立法目的の合理的根拠」と「具体的な区別と立法目的の合理的関連性」と明示し、しかも区別のもたらす影響の重大性や、その区別が当事者の意思や努力によっては如何ともし難いものからすれば、合理的理由の有無は慎重に検討されねばならないとしていること、すなわち合理的理由のレベルをかなり高くしていることは、やはり従来判例よりも一歩進んだ印象を与えるのである。このことは尊属殺重罰規定違憲判決や非嫡出子法定相続分差別規定合憲決定が、合理的関連性の有無の判断に当たって、上述のように、「著しく不合理」というきわめて緩やかな基準を用いているようにみえるのに対し、今回の判決はただ「合理的関連性」という表現のみを一貫して用い、そのレベルを緩やかなものと受取らせるような表現を終始避けていることから窺われるであろう。

このような前提からスタートして最高裁判決は前述のように、立法当時は立法目的にも、立法目的と具体的な区別との関連性にも合理性が認められたが、時代の進展につれ、後者の合理性は消失したとするのである。こうした展開、これも実質的には立法目的の合理性、および立法目的と具体的な区別との合理的関連性に沿って判断している（ただしこの2つの区別を明言したうえで論じるほど徹底していないのは、尊属殺重罰規定違憲判決や非嫡出子法定相続分差別規定合憲決定の場合と同様である）2つの1審判決と比較すると、第1事件1審判決は、日本人父との間に法律上の親子関係が生じたことに加えて、我が国との一定の結びつきが存する子について国籍を付与するという3条1項の立法目的には合理的根拠があるとし、我が国との一定の結びつきをさらに日本人

親との家族関係・共同生活の成立＝父母の広義の婚姻の成立と敷衍して3条1項をみると、それは父母の法律上の婚姻を要求し、その結果立法目的を逸脱して、準正子と父母が内縁関係にある非嫡出子との間で国籍取得の可否について区別を生じさせているから、その限りで合理性を欠くとし、第2事件1審判決はそれと断言しているわけではないが、実質的には、立法目的に合理的根拠がないとする判断をし、それと連動して、準正要件についてもそもそも合理性を認めていないから、最高裁判決は、一部重なるところはあるものの、2つの1審判決のいずれとも異なることになる。

すなわち立法目的に合理的根拠があるとする点では第1事件1審判決と類似するものの、我が国との一定の結びつきの具体的理解およびその結果としての準正要件の評価の点では異なり、また一貫して準正子と準正子でない非嫡出子との国籍取得の可否の区別を判断対象としていることや、「父母の婚姻」を法律上の婚姻と解し、そうした過剰な要件が不合理な区別をもたらすと結論していることなどは、第2事件1審判決と類似しているが、後者が、それと明言はしていないものの、立法目的自体に合理的根拠がなく、したがってそもそも不合理さは3条1項を設けた昭和59年の国籍法改正時より認められるとするのに対し、最高裁は、これまで繰り返しみたように、立法目的には依然合理性を認めつつ、ただ時代の進展につれて具体的区別と立法目的の関連性に不合理さが認められるようになったとする点で異なっているのである。

おそらくここまでの最高裁判決の展開で最も評価が分かれるのは、この上の文章の最後でふれた、準正要件は立法時には、具体的な区別と立法目的との間の合理的関連性の要請を満たしていたが、時代の進展につれてそれを欠くにいたったという判断であろう。それはとりも直さず、最高裁がそのように判断する主たる理由についての評価が分かれるということであるが、そのことについて判決は前述のように我が国の社会通念・社会的状況の変化、あるいは国際化の進展・国際的交流の増大に伴う、家族生活の実体や親子関係のあり方についての認識の複雑多様化を挙げている。2つの1審判決でもこうしたことが断片



的にふれられてはいるが、結論と直接には結び付いていないのに対し、最高裁判決ではこのことが合理的関連性を欠くにいたったとする結論の決定的な理由になっているのである。

周知のように、こうした見解は、平成14年の国籍法2条1号合憲判決<sup>(18)</sup>における梶谷裁判官と滝井裁判官の補足意見でものべられ、そこでも、「しかしながら、今日、国際化が進み、価値観が多様化して家族の生活の態様も一様ではなく、それに応じて子供との関係も様々な変容を受けており、婚姻という外形を採ったかどうかということによってその子が国籍を取得することができるかどうかには差異を設けることに格別の合理性を見出すことは困難である」とのべられているが、家族生活の実態や親子関係のあり方についての認識の複雑多様化といっても、当然明確な物差しがあるわけではないから、必ずしも十分に説得的ではないのである。今回、横尾、津野、古田の3裁判官の反対意見で、「しかしながら、家族生活や親子関係に関するある程度の意識の変化があることは事実としても、それがどのような内容、程度のものか、国民一般の意識として大きな変化があったかは、具体的に明らかとはいえない。実態の変化についても、家族の生活状況に顕著な変化があるとは思われない」とのべられているが、こうした批判は当然あり得るところであろう。筆者も実態や認識の複雑多様化という、多分に主観に左右される曖昧な基準が合理的関連性の否定の根拠にされることには、疑問を抱くのである。

ただ上の3裁判官の反対意見はこうした指摘を経て、準正要件を憲法14条1項に違反するものではないとするのであるが、筆者はおおむね第2事件1審判決がのべるのと同じ理由で、やはり準正要件はその基になっている立法目的の点でも、目的との関連性の点でも、合理的理由を欠き、憲法14条1項に違反するものと考え。すなわち、3条1項の立法目的とされる、日本人を父とする非嫡出子のうち、我が国との結びつきの強い子について国籍を付与するという趣旨については、一応相重なる2つの説明が考えられるものの、結局そのいずれも合理的とは評価されず、そうすれば、そのような目的のために設けられた

とされる準正要件も必然的に合理性を欠くことになるのである。つまり3条1項の立法目的として考えられる2つの説明の1つは、そもそもそうした我が国との強い結びつきは血統と並ぶ国籍法の国籍付与の条件とされているのであるが、日本人父または母の嫡出子、日本人母の非嫡出子、および日本人父より胎児認知を受けた非嫡出子の場合は、日本人父または母との出生時の明確な法律上の親子関係や、そうした場合の一般に予想される家庭生活のあり方からして、我が国との強い結びつきの存在は当然視されるから、2条1号はそのことを示す特段の指標を設けてその充足を求めることをしていないのに対し、日本人父の非嫡出子の場合は我が国との結びつきは当然視されない（むしろ弱いことが予想される）から、結びつきの存在を示す何らかの指標を設け、その充足を求める必要があるとして、3条1項は準正要件を掲げたという説明であるが、当然視されるとか、されないとかいうのは観念的な想定であって、第2事件1審判決もいうように、事実上、2条1号により国籍を取得した子でも、我が国との強い結びつきを欠く子、逆に3条1項の要件を欠くとして国籍取得ができない子でも我が国との強い結びつきをもつ子、等が存在することが稀ではないのである。

第2の説明は、国籍法は国籍の取得については血統主義・生来的取得主義を原則としており（2条1号）、血統主義の要請は満たすものの、2条1号の適用のない子について、その補完・拡充として伝来的取得を認めた3条1項の場合はそうした取得に伴う事情を考慮して、我が国との強い結びつきを求め、その指標として準正要件を設け、その充足を求めたとする説明である。こちらの方が通常の説明であるが、この伝来的取得に伴う事情として挙げられる、日本人を父とする非嫡出子は国籍国（ふつうは母の国籍国であろう）である外国との間に密接な結びつきを生じさせている可能性があるとの指摘についても、第1の説明の際にものべたように、そういう我が国よりも外国と強い結びつきをもっている可能性は、2条1号により生来的に日本国籍を取得する子についても当然考えられるのであり、とくに日本人を父とする非嫡出子に特有の事情で

はないこと、またそもそも日本人を父とする非嫡出子のうちには、準正要件に妨げられて日本国籍を取得できず、やむなく母の国籍国である外国を国籍国とし続けている子ども多いと考えられ、したがって日本人を父とする非嫡出子は外国を国籍国とし、その外国との結びつきが強いと考えられることを準正要件の合理性の理由とすることは論理的ではないこと、等からすれば首肯し難く、結局第2の説明も合理性に乏しいといわざるを得ないのである。

このように立法目的に合理性が認められなくなれば、必然的にその目的に対応して設けられたとされる準正要件も合理性のない過剰な要件ということになるだろう。

なお準正要件はその目的に対して過剰な要件を課すものとなっているとし、最後まで我が国との密接な結びつきがある子に国籍を付与するという3条1項の目的自体は合理性をもつとしている最高裁は結局、3条1項が準正要件以外に課している、「父…が現に日本国民であるとき」等の要件を、こうした目的を具体化した指標とするが、このような、父が現に日本国民であれば子ども我が国との密接な結びつきがあるものと認められるとする解釈は、逆に、我が国との密接な結びつきのある子に国籍を付与することを3条1項の目的と唱えることが、実質的にはほとんど無意味であることを示すものであろう。

以上で中間的総括を一応終って再び最高裁判決の紹介・検討に戻り、その最後の部分の展開をみると、最高裁判決は、本件区別による違憲の状態を是正する方法の検討の結果として、「憲法14条1項に基づく平等取扱いの要請と国籍法の採用した基本的な原則である父母両系血統主義を踏まえれば、日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知されたにとどまる子についても、血統主義を基調として出生後のにおける日本国籍の取得を認めた同法3条1項の規定の趣旨・内容を等しく及ぼすほかはない。すなわち、このような子についても、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したことという部分を除いた同項所定の要件が満たされる場合に、届出により日本国籍を取得することが認められるものとすることによって、同項および同法の合憲的

で合理的な解釈が可能となるものということができ」るとの論をのべる。

そして判決は、このような解釈が相当である所以、あるいはその趣旨についてさらに説明を続けるが、それは3つにまとめられている。すなわち第1にこの解釈は、本件区別による不合理な差別的取扱いを受けている者に対して直接的な救済の途を開くという観点からみて、相当性をもつとされている。有効性においてこの解釈はすぐれているとするわけである。さらに第2に、この解釈は、本件区別に係る違憲の瑕疵を是正するため、国籍法3条1項につき、それを全体として無効とすることなく、過剰な要件を設けることにより本件区別を生じさせている部分のみを除いて合理的に解釈したものであって、その結果も、準正子と同様の要件による日本国籍の取得を認めるにとどまるものであるとされている。つまりこの解釈は、その操作が最小限度にとどまり、効果も従来の規定のそれを超えるものではない点でも、相当性をもつということであろう。さらにまた第3に、この解釈は、日本国民との法律上の親子関係の存在という血統主義の要請を満たすとともに、父が現に日本国民であることなど我が国との密接な結びつきの指標となる一定の要件を満たす場合に出生後における日本国籍の取得を認めるものとして、同項の規定の趣旨および目的に沿うものであって、相当であり（ただし筆者自身はこのような理解に疑問をもつことについては前述した）、この解釈によって裁判所が法律にない新たな国籍取得の要件を創設し、国会の本来的な機能である立法作用を行うものと評価することは、当を得ないとされている。当然こうした批判が上ることを予想して、そうではない所以をのべているわけである。

こうして改めていえば、判決は、「日本国民である父と日本国民でない母との間に出生し、父から出生後に認知された子は、父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得したという部分を除いた国籍法3条1項所定の要件が満たされるときは、同項に基づいて日本国籍を取得することが認められるというべきである」との結論、すなわち、「国籍法3条1項の規定は、準正要件を定める部分、すなわち条文の文言でいえば、『婚姻及びその』並びに『嫡出』の部分に限っ

て憲法14条1項に違反し、違憲無効であるというべきである」とした第2事件1審判決と同様の結論をのべるのである。

前稿②でのべたように筆者は現行国籍法の下では、こうした解釈によって原告の救済をはかることはやむを得ないことと考えるので、このような最高裁の結論に賛成する。ただこうした解釈方法が全面的な賛成を得難いと思われることも前稿②でのべたところであり、実際今回の判決においてもこの点につきいくつかの疑問や対立する意見、あるいは考え方がのべられている。

このことも含めて最後に、補足意見、意見、反対意見のうちから、とくに注目されるもののみをピックアップして紹介すると、甲斐中、堀籠の2裁判官は、すでに簡単ながら紹介した横尾、津野、古田の3裁判官の反対意見とは異なる反対意見をのべている。すなわち本件区別は、「3条1項が制定された当時においては合理的な根拠があり、憲法14条1項に違反するものではないが、遅くとも、上告人が法務大臣あて国籍取得届を提出した当時には、合理的な理由のない差別となっており、本件区別は同項に違反するものであったと考える」とし、上の3裁判官とは違ってこの点では多数意見に同調するのである。しかし両裁判官は、多数意見は国籍法3条1項の規定自体を違憲とするが、違憲となるのは実は非準正子に届出により国籍を付与するという規定が存在しないという立法不作為の状態であるとして、結局、この点、およびその後の展開において多数意見と大きく分かれる。つまり2裁判官は、3条1項は準正子に届出により国籍を付与する旨の創設的・授権的规定であって、規定自体は何ら憲法に違反するところはないのであり、したがってまた3条1項の規定の解釈から非準正子に届出による国籍の取得を認めることはできないことになるところ、それを認める多数意見は、法律にない新たな国籍取得の要件を創設するものであって、実質的には司法による立法に等しいといわざるを得ないとするのである。

この、問題は3条1項の規定自体ではなく、非準正子に届出により国籍を付与する規定が存在しないという立法不作為であり、3条1項の解釈により非準

正子に届出による国籍の取得を認めることは、実質的には司法による立法措置であるとの批判は、横尾、津野、古田の3裁判官も同調するところであるが、筆者にはやはり疑問が感じられる。つまり上にみた立法不作為論は、国籍法は非準正子の届出による国籍の取得については何ら意思表示をしていないとの理解に立つものと思われるが、筆者はむしろ3条1項は、2条1号によって生来的に国籍を取得できない子、すなわち生後認知によって日本人父と法律上の親子関係が発生した子の伝来的な国籍の取得について検討した結果、そのうちの準正子については届出による国籍の取得を認めるが、非準正子には認めないという趣旨で提案され、成立した規定と解すべきであると考えてるのである。重ねていえば、プロセスとしては、父母両系血統主義を踏まえつつ、日本人父より生後認知を受けた非嫡出子の国籍の問題にどう対応すべきかという問題意識が先ずあり、次いでそうした子全体ではなく、そのうちの準正要件を満たすにいった子についてのみ届出による取得を認める（非準正子については認めない）という案の決定・成立があったのであり、したがって3条1項は、非準正子に対して日本国籍を届出によっては付与しない趣旨を含む規定であると解するのが、やはり自然であろうと考えるのである（今井裁判官の補足意見―那須裁判官、涌井裁判官同調―も同旨を強調している。また泉裁判官の補足意見でも、「国籍法3条1項の趣旨は日本国民の子で同法2条の適用対象とならないものに対し日本国籍を付与すること」にあるが、同条項は、『父母の婚姻』を要件とすることにより、父に生後認知され『父母の婚姻』がない非嫡出子を付与の対象から排除している」とのべられている）。甲斐中、堀籠両裁判官は、3条1項をこうした趣旨を含むものと解することに反対するが、このような、3条1項は2条1号によって生来的に国籍を取得しない子のうちからストレートに（非準正子の存在と関わりなく）準正子をピックアップして、国籍の取得を可能にした規定である（非準正子の国籍の取得について何らかの意思を示した規定ではない）との理解は、形式的にすぎるのではなからうか。

なお横尾、津野、古田の3裁判官の立場からすれば、仮に非準正子に届出に

よる国籍の取得を認めないことが違憲であるとしても、また、甲斐中、堀籠の2裁判官の立場からすれば、非準正子に対し届出による国籍付与の途を閉じている立法不作為が違憲であることは認めるとしても、結局そのことから、届出により国籍を取得するという法的地位が非準正子である原告に発生するわけではないことは明らかであるとして、上告は棄却されることになるわけであるが、筆者はそうした批判に与する者ではないものの、だとすれば、そもそも憲法判断をする必要があったのか、2つの2審判決のようにそれを回避しつつ、上告を棄却する方法もあったのではないかという批判もあり得よう。おそらく5人の裁判官は、多数意見の憲法判断に呼応して自らの憲法判断ものべたということであろうが、反対意見については、こうした疑問も出される余地があることを付け加えておきたい<sup>(19)</sup>。

最後に補足意見や意見で展開されている興味ある見解で、これまでに未だふれていないものを簡単に紹介しておこう。

泉裁判官は補足意見で、3条1項が非準正子を適用対象から排除していることは、国籍の付与に関し、非嫡出子であるという「社会的身分」と、日本国民である親が父であるという親の「性別」により、非準正子を差別するものであって、それが憲法14条1項に違反しないというためには、差別の対象となる權益が日本国籍という基本的な法的地位であり、差別の理由が同条項に差別禁止事由として明示的に掲げられているものであることからして、強度の正当化事由が必要であるとする。そしてこのことは具体的には、「国籍法3条1項の立法目的が国にとり重要なものであり、この立法目的と、『父母の婚姻』により嫡出子たる身分を取得することを要求するという手段との間に、事実上の実質的関連性が存することが必要である」ことを意味するとするのであるが、周知のように「社会的身分」の意義については、広狭さまざまな理解があり、また親の性別の差による子の取扱いの差を、ストレートに性別による子の差別的取扱いと評価することが妥当かも疑問があるから（このことにつき多数意見は前にものべたように、「父母両系血統主義を採用する国籍法の下で、日本国民であ

る母の非嫡出子が出生により日本国籍を取得するにもかかわらず、日本国民である父から出生後にも認知されたにとどまる非嫡出子が届出による日本国籍の取得すら認められないことには、両性の平等という観点からみてその基本的立場に沿わないところがあるというべきである」と、よりマイルドな評価をしている)、にわかには賛成し難い。ただこのように、近年の学説の説く差別的取扱いの合憲性の審査基準が反映されていることは注目すべきであろう。

藤田裁判官の意見の論旨は独特のもので、現行国籍法の下、日本人である父と日本人でない母との間に生まれた子の間で、準正要件を満たすか否かの違いにより、日本国籍の取得に関し、憲法上是認し得ない差別が生じる結果となっていること、およびこの差別は3条1項を合理的に解釈することによって解消することが可能であり、また本件においてはそうすべきであるとする点等との点においては多数意見と同様であるが、3条1項の趣旨と本件における違憲状態の生じる所以の理解の点では反対意見と共通するものである。

すなわち3条1項の趣旨については、「同項が準正要件を定めているのは、準正子でありかつ同項の定めるその他の要件を満たす者についてはこれを特に国籍取得の上で優遇する趣旨なのであって、殊更に非準正子を排除しようとする趣旨ではない」とするのであるが、筆者がこうした見解を採らないことについてはすでにのべた。またそれと連動して、違憲状態が生じているのも3条が準正要件のみを設けて、非準正子にも適用され得る要件を置いていないという立法府の不作为によるとするのであるが、筆者のように3条1項の趣旨について藤田裁判官のような見解を採らない立場からすれば、当然この立法府の不作为という見解も採り得ないことは、これまた前述したところである。

ただ藤田裁判官は原告の請求を棄却すべしとする反対意見の5裁判官と異なり、それを認容すべきであるとするのであるが、それは、「立法府がすでに一定の立法政策に立った判断を下しており、また、その判断が示している基本的な方向に沿って考えるならば、未だ具体的な立法がされていない部分においても合理的な選択の余地は極めて限られていると考えられる場合において、著し



く不合理な差別を受けている者を個別的な訴訟の範囲内で救済するために、立法府が既に示している基本的判断に抵触しない範囲で、司法権が現行法の合理的拡張解釈により違憲状態の解消を目指すことは、全く許されないことではないと考える」という判断によるものである。

具体的には国籍法の諸規定の基盤に、少なくとも、日本国民の子である者の日本国籍の取得については、国家的公益的見地からして問題がないと考えられる限り優遇措置を認めようとする政策判断が存在することは、否定し得ないし、また3条1項の存在を前提とする以上、現に生じている違憲状態を解消するためには、非準正子についても準正子と同様の扱いとすることが、ごく自然な方法であるということが出来る等の判断によるものであるが、繰り返していえば、筆者はそもそも3条1項を準正子について優遇措置を定めたものとする見解を採らないので、そうした見解を前提とした以上のような藤田裁判官の行論にはやはり賛成することはできない。

#### 註

- (14) 最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁。
- (15) 「〔鼎談〕国籍法違憲判決をめぐって」(ジュリストNo.1366)における高橋教授の発言。
- (16) 最大判昭和48・4・4刑集27巻3号265頁。
- (17) 最大決平成7・7・5民集49巻7号1789頁。
- (18) 最判平成14・11・22判時1808号55頁。
- (19) 長谷部泰男「国籍法違憲判決の思考様式」(ジュリストNo.1366)も同旨をのべている。

#### 追記

いうまでもないことであるが、本節は平成20年度6月4日の大法廷判決から間もない時期に執筆され、この大法廷判決を受けた国籍法の改正は全く視野に入っていない。なお国籍法の改正の経緯については本稿校正中に、秋山実「国籍法の一部を改正する法律の概要」(ジュリストNo.1374)と澤村智子「認知された子の届出による国籍取得が可能に」(時の法令1828号)に接した。